



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10315.000961/2009-71  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-001.610 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de março de 2014  
**Matéria** Auto de Infração do IRPJ e Reflexos  
**Recorrente** JOSE BEZERRA DE MOURA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2005

**AUTO DE INFRAÇÃO DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.**

O Prazo decadencial é de 5 anos, contados do fato gerador ou do 1º dia do ano seguinte, conforme o caso. Na situação versada nos autos incorreu a decadência, pois, os fatos geradores mais antigos são de janeiro/2005, sendo que o contribuinte foi cientificado em setembro/2009.

**NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.**

Não é nulo o auto de infração, lavrado com observância do art. 142 do CTN e do art. 10 do Decreto 70.235 de 1972.

**ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER JUDICIÁRIO PARA EXAME DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DO PODER EXECUTIVO AVOCAR TAL ATRIBUIÇÃO PARA SI. APLICAÇÃO DA SÚMULA 02 DO CARF.**

Salvo nos casos de que trata o artigo 26-A, do Decreto nº 70.235, de 1972, ainda que se entenda que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programáticos. Que os direitos fundamentais têm seu fundamento de validade na Constituição e não na lei. Que os direitos fundamentais não são normas-matrizes de outras normas, mas são sobretudo normas diretamente reguladoras de relações jurídicas, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, não tem competência para conhecer de matéria que sustente a insubsistência do lançamento sob o argumento de que a autuação se deu com base norma inconstitucional.

O chefe do Poder Executivo tem prerrogativa assegurada na Constituição de propor ação direta de inconstitucionalidade para afastar do sistema norma que **a considera inconstitucional.** Contudo, enquanto isto não ocorre, não pode

deixar de observar as leis e nem avocar para si prerrogativa que a Constituição destinou ao Poder Judiciário, qual seja, de examinar as questões relacionadas à constitucionalidade e à inconstitucionalidade das leis.

O Poder Judiciário, no exercício de sua competência, pode deixar de aplicar lei que a considere inconstitucional. Todavia, tal prerrogativa não se estende aos órgãos da Administração.

#### OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ARTIGO 42 DA LEI 9.430/1996

Caracterizam omissão de rendimentos valores remanescentes creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte ou seu representante, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

#### CSLL. PIS/PASEP. COFINS. INSS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática, e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aos lançamentos decorrentes aplica-se a mesma decisão do principal.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

*(assinado digitalmente)*

Moises Giacomelli Nunes da Silva - Relator

*(assinado digitalmente)*

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

## Relatório

JOSE BEZERRA DE MOURA recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

### Transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

Trata-se de impugnação a lançamentos tributários do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica-IRPJ (fls 4/12), da Contribuição para o PIS/Pasep (fls 17/25), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL (fls 26/34), da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-Cofins (fls 35/43) e da Contribuição para Seguridade Social-INSS, todos com fatos geradores no ano de 2005 e apurados segundo a sistemática do Simples, totalizando o montante de R\$ 6.446.253,27, já computados os juros moratórios e a multa de ofício. Foi também aplicada a multa regulamentar no valor de R\$ 18.608,90 (fls 13/16), decorrente da falta de comunicação de situação motivadora da exclusão do Simples.

2. Conforme descrição dos fatos contida nos autos de infração e Relatório de Fiscalização (fls 66/171), o contribuinte, submetido ao sistema simplificado de pagamento dos tributos e contribuições federais (Simples), cometeu as seguintes infrações fiscais:

(i) OMISSÃO DE RECEITA, correspondente a *“lançamentos a crédito em contas bancárias da pessoa jurídica ou em nome da pessoa física do empresário, mas cuja titularidade de fato era também da pessoa jurídica (antiga ‘firma individual’), à margem da escrituração, e com relação aos quais, intimado a comprovar a origem dos recursos que possibilitaram os referidos lançamentos, o contribuinte não o fez”* (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996);

(ii) INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO, decorrente da alteração de percentuais utilizados pelo contribuinte no cálculo do Simples sobre a receita declarada.

3. As infrações foram agravadas pelo não atendimento, no prazo marcado, às diversas intimações para prestar esclarecimentos, e qualificadas pela prática, em tese, de crimes contra a ordem tributária, por conta do que foi formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais (10315.000962/2009-15).

4. Cientificado da pretensão fiscal em 24.09.2009 (fl 174), o contribuinte, por seu procurador habilitado (fl 1.533), apresentou impugnação em 27.10.2009 (fls 1.482/1.531), com a qual procura convencer o julgador da insubsistência do feito, invocando diversas questões preliminares e de mérito contrárias às exigências fiscais, que se acham a seguir expostas em síntese:

(i) A autoridade fiscal era incompetente para fiscalizar e atuar, porquanto não havia Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) autorizando-o a desenvolver essas atividades; ou, se existiu, o fiscalizado dele não teve conhecimento; ou, mesmo tendo existido, extinguiu-se por decurso de prazo, já que não foi prorrogado pela emissão do MPF Complementar; dessa forma, o defendente não pode verificar no sítio da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) se realmente o MPF foi emitido e ou se não foi extinto por decurso de prazo (arts. 2º e 3º da Portaria SRF nº 6.087, de 2005);

(ii) A fiscalização não realizou qualquer procedimento anterior que levasse à conclusão de que o exame da movimentação financeira era indispensável, até mesmo porque o prazo não permitiu qualquer verificação; simplesmente a fiscalização optou pelo trabalho mais fácil, ilegal e inconstitucional, que era quebrar o sigilo bancário do contribuinte e exigir justificativas sobre a movimentação de quatro anos atrás, sob pena de presunção de receitas (Decreto nº 3.724, de 2001);

(iii) O contribuinte não teve acesso, até a data da impugnação, aos documentos que embasaram os lançamentos;

(iv) A obtenção pela fiscalização de documentos bancários perante terceiros (cheques, depósitos, ordem de pagamentos etc), que são parceiros comerciais do impugnante, consistiu em verdadeira quebra de sigilo bancário, contrariando inclusive a Solução de Consulta Interna Cosit nº 37, de 28 de agosto de 2008;

(v) O auditor fiscal encarregado do procedimento fiscal violou a garantia constitucional de inviolabilidade da vida privada do impugnante, sob a forma de quebra do sigilo de seus dados bancários, e os utilizou para fundamentar o referido auto de infração (art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988); a despeito de toda a controvérsia que cerca o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF), em recentes decisões, tem entendido, inúmeras vezes, que a quebra do sigilo bancário do cidadão só pode se dar através de ordem judicial (RREE 461366/DF, 476.695/PR);

(vi) O defendente não teve acesso à documentação obtida nas diligências realizadas perante terceiros, de modo que o seu direito de defesa foi cerceado;

(vii) Mesmo não tendo encontrado, nos livros fiscais da empresa, qualquer indício de sonegação, ou de omissão de receitas, a fiscalização supôs que os valores depositados na conta da pessoa física do sócio do impugnante pertenceriam a esta; na verdade, ficou patente, ante o resultado de todas as diligências efetuadas, que os valores movimentados na conta corrente da pessoa física realmente pertenciam a esta, e não à pessoa jurídica, como afirma o próprio autuante nos itens 1.9, 2.3 e 2.4 do seu relatório; no item 3.4 do relatório, observa que “a imensa maioria dos recebedores de valores sacados da conta corrente da pessoa física (note-se que não são pessoas que depositaram valores na conta que foram diligenciadas, mas sim pessoas que receberam cheques originários da conta recebedores) afirma que os valores foram recebidos em decorrência de vendas de produtos rurais para a pessoa física”;

(viii) O simples fato de o contribuinte movimentar valores em conta corrente de terceiro não significa que tais valores não foram declarados e oferecidos à tributação; nesse sentido, verifica-se que não foram considerados os valores das receitas declaradas;

(ix) A qualificação da multa de ofício é indevida, pois não foi comprovada a presença do elemento subjetivo fraude; a fiscalização não só presumiu que houve omissão de receitas, como ainda presumiu (sem qualquer embasamento legal e contra as próprias provas obtidas nas diligências) que os valores depositados na conta corrente da pessoa física pertenciam à pessoa jurídica impugnante; considerando-se que estamos lidando com presunção de receitas, é fácil observar que a caracterização de fraude não pode ser aplicada no presente caso;

(x) O agravamento da multa de ofício é indevido, pois o fato de o contribuinte não ter apresentado justificativas para os depósitos em sua conta corrente (ou em conta de terceiros!!!) autoriza apenas a presunção de omissão de receita;

(xi) É improcedente a aplicação da multa regulamentar, pois os valores em depósito não pertenciam ao contribuinte, que, ademais, não poderia ter sido excluído do Simples enquanto o lançamento combatido nestes autos não estivesse definitivamente constituído; além disso, o valor da multa foi calculado sobre a soma dos tributos e contribuições devidos em todo o ano de 2005, e não sobre a soma dos tributos e contribuições devidos em dezembro de 2005.

5. Em 25 de outubro de 2011, esta Turma Julgadora resolveu converter o julgamento em diligência, mediante Resolução nº 08-2.190 (fls 1550/1554), a fim de que a Unidade Local juntasse aos autos os relatórios circunstanciados que fundamentaram a expedição das Requisições de Movimentação Financeira (RMF) voltadas para as contas bancárias do empresário individual e da pessoa física José Bezerra de Moura.

6. Juntados os relatórios, deles foi cientificado o impugnante, que não manifestou sobre eles (fls 1564/1566).

**A decisão recorrida está assim ementada:**

*PROVAS. SIGILO BANCÁRIO. A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente pela autoridade fiscal não caracteriza violação de sigilo bancário.*

*REQUISICÃO E UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS. A requisição às instituições financeiras de dados relativos a terceiros, com fulcro na Lei Complementar nº 105/2001, constitui simples transferência à RFB e não quebra de sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.*

*OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO. PRESUNÇÃO LEGAL. Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*Uma vez formalizada a omissão de receita com base na presunção legal, resta ao contribuinte, na pretensão de descaracterizá-la, demonstrar especificadamente que o valor depositado não se sujeita à tributação ou não decorreu da empresa; ou, tendo dela decorrido, já passou pelo crivo da tributação.*

*EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PESSOA FÍSICA. Depósitos bancários de origem não comprovada, efetuados na conta corrente da pessoa física titular de empresa individual e resultantes de negócios empresariais, devem ser considerados omissão de receita do empresário individual.*

*MPF. PORTARIA SRF nº 3.007/2001. PROCEDIMENTO FISCAL. PRORROGAÇÃO. ABRANGÊNCIA. O fiscalizado tem conhecimento da emissão inicial, alteração e prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal pela internet, através do código de acesso que lhe é disponibilizado no Termo de Início de Fiscalização.*

*SIMPLES. SITUAÇÃO DE EXCLUSÃO. FALTA DE COMUNICAÇÃO. A falta de comunicação à RFB de situação geradora da exclusão do Simples enseja a aplicação de multa correspondente a 10% (dez por cento) do total dos impostos e contribuições devidos de conformidade com o Simples no mês que anteceder o início dos efeitos da exclusão.*

*MULTA QUALIFICADA. A presunção legal contida no artigo 42 da Lei 9.430/96 não convive, em princípio, com a aplicação da multa qualificada, uma vez que essa última demanda a prova inequívoca do dolo. Todavia, comprovada a interposição fraudulenta da pessoa física nos negócios da empresa individual de que é titular, caracterizado está a prova inequívoca do dolo.*

*MULTA AGRAVADA. FALTA DE ESCLARECIMENTOS. A falta de esclarecimentos à intimação fiscal viola o dever de colaboração do sujeito passivo, sendo tal comportamento passível de reprimenda administrativa, mediante majoração, em 50% (cinquenta por cento), da multa de ofício.*

*CSLL. PIS/PASEP. COFINS. INSS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Tratando-se da mesma matéria fática, e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aos lançamentos decorrentes aplica-se a mesma decisão do principal.*

*Impugnação Improcedente. Crédito Tributário Mantido.*

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, fls. 1069-16290, no qual contesta os fundamentos do acórdão de 1ª instância apenas quanto aos seguintes pontos:

- 1) Nulidade do Procedimento Fiscal em Face de Vício Formal da Requisição de Movimentação Financeira (RMF) e cerceamento do direito de defesa;
- 2) Nulidade em face da expiração do Mandato de Procedimento Fiscal inicial;
- 3) Ilegalidade do lançamento com fulcro em depósitos bancários;
- 4) Decadência do crédito tributário tendo em vista que o lançamento foi efetuado após 5 anos de ocorridos os fatos geradores.
- 5) Fatos Tributários Conflitantes (impossibilidade da exigência da CSLL, PIS e Cofins sobre omissão de receitas apurada com base em depósito bancário).

Ao final pede e requer (*verbis*):

#### **IV - DO PEDIDO**

Por tudo considerado, **REQUER:**

**a) Seja admitido o presente Recurso, dando-lhe provimento para reformar o Acórdão n. 08-22.908, da 4ª. Turma da DRFJ/FOR, anulando os lançamentos tributários realizados através do presente Processo Fiscal nº. 10315.000961/2009-71, pelos vícios de ordem formal e material supra apontados e/ou excluindo os tributos (contribuições) que porventura incidam sobre o mesmo fato gerador e multas respectivas.**

Pede deferimento.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Moises Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso manuseado pela recorrente está previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, é tempestivo, encontra-se devidamente fundamentado e foi interposto por parte legítima que pretende ver a decisão da DRJ reformada. Assim, conheço-o e passo ao exame do mérito iniciando pelo recurso de ofício.

Conforme relatado, trata-se de exigência do IRPJ e Reflexos (CSLL, PIS, COFINS e Contribuições Previdenciárias), ano-calendário de 2005, na sistemática do SIMPLES, observando a opção do contribuinte naquele ano, tendo em vista a apuração de omissão de receitas a partir dos depósitos bancários efetuados em conta da pessoa física do Sr. Jose Bezerra de Moura

A Fiscalização aplicou as multas qualificada de 150%, por entender que a conduta do contribuinte em movimentar conta corrente da pessoa física foi fraudulenta, bem como agravada em 50% pela falta de atendimento de intimações. Todavia, a aplicação de tais penalidades não foi objeto do recurso voluntário.

Passo então a apreciar as questões que efetivamente foram objeto do recurso voluntário.

O Recorrente alega em preliminar a decadência do crédito tributário. Rejeito de plano, isso porque os fatos geradores são mensais, desde janeiro do ano-calendário de 2005 (Sistemática do SIMPLES). A ciência foi via Postal, tendo ocorrido em 24/09/2009 (AR de fl 172), sendo que o contribuinte apresentou impugnação em 27/10/2009 (fls. 1482 e seguintes). Logo mesmo que aplicada a contagem na forma do art. 150, parágrafo 4º do CTN (5 anos contados do fato gerador), o Fisco teria até dezembro/2009 para cientificar o lançamento dos fatos geradores de janeiro/2005.

O Recorrente repisa a alegação de que a autoridade fiscal era incompetente para fiscalizar e autuar, porquanto inexistiu MPF, ou sua prorrogação, ou, se existiram, deles não teve conhecimento. Também não lhe cabe razão, haja vista que a ciência pelo sujeito passivo do MPF, suas alterações e prorrogações, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972 (com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 1997), dar-se-á por intermédio da *Internet*, no endereço eletrônico [www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br), com a utilização de código de acesso consignado no Termo Início de Fiscalização (arts. 4º e 7º, VIII, da Portaria RFB nº 6.087, de 2005).

Outra alegação reiterada é no sentido de que a Fiscalização não realizou qualquer procedimento anterior que levasse à conclusão de que o exame da movimentação financeira era indispensável, contrariando, dessa forma, a disciplina do Decreto nº 3.724, de 2001.

Tal preliminar deve ser rejeitada, pois, consoante registrado na decisão recorrida, a RMF nº 03.1:02.00-2009-00010-4, de 4 de março de 2009 (fl 755), teve por objeto

*as cópias dos cheques da pessoa física José Bezerra de Moura e está fundada no relatório de fls 1558/1560. Segundo o relatório, a requisição foi motivada nos incisos VII e XI do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, a saber: “hipóteses previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996” e “presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato”. Cada uma dessas hipóteses de indispensabilidade se acha minudentemente comprovada na espécie, consoante se verifica nos seguintes trechos do relatório:*

(...) observa-se que na Declaração de Ajuste Anual Simplificada do IRPF 2006, ano-calendário 2005, o Sr. José Bezerra de Moura declarou ter auferido em 2005 R\$ 48.510,00 em rendimentos tributáveis e R\$ 48.020,00 em rendimentos isentos e não-tributáveis, totalizando R\$ 96.530,00 em rendimentos declarados.

(...)

Ou seja, se a instituição financeira descontou R\$ 62.399,52 em CPMF desse titular, saíram de sua(s) conta(s) bancária(s) naquela instituição em operações sujeitas à CPMF, o que exclui, por exemplo, lançamento entre contas, movimentação entre conta corrente e conta poupança do mesmo titular, entre outras, mais de R\$ 16,4 milhões, o que é mais de 170 vezes superior aos rendimentos declarados pelo mesmo contribuinte no mesmo período.

O §2º do art. 3º do Decreto nº 3.724/01, define que se considera indício de interposta pessoa (laranja) quando:

I- as informações disponíveis indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, com a alteração do art. 4º da Lei nº 9.481/97 (R\$ 80.000,00).

(...)

Essa é uma hipótese de indispensabilidade dos exames referidos no §5º do art. 2º desse Decreto nº 3.724/01 que se enquadra ao mesmo tempo no inciso XI e no inciso VII do art. 3º desse dispositivo, esse último, quanto às pessoas jurídicas ou aos empresários, antigamente chamados de “firma individual”, como é o caso do contribuinte autuado, combinado com o disposto no art. 33, inciso III da Lei nº 9.430/96.

(...)

Se a lei prevê como caso objetivo para suspeitar de interposição de pessoas a movimentação financeira ser superior a 10 vezes os rendimentos declarados, mais do que enquadrada está uma situação em que essa proporção é superior a 170 vezes, ainda mais quando a contabilidade da “firma individual” do empresário sob fiscalização, que, veja bem, será analisada em outra ação fiscal paralela a esta, mas para todos os efeitos é uma outra fiscalização, apesar de perante o Código Civil haver confusão entre patrimônio da pessoa física e o patrimônio com que ele atua em atividade empresarial por si só, como empresário, não reflete, por exemplo, que parte desses milhões de reais viria de lucros regularmente contabilizados e declarados, de uma atividade empresarial cujos resultados ao menos pareçam ter sido regularmente oferecidos à tributação.

Além do mais, o patrimônio declarado do Sr. José ao final de 2005 era de pouco mais de R\$ 500 mil, o que em princípio também não sugere que parte relevante dessa movimentação advenha do gerenciamento de seus ativos e passivos pessoais, comprando e vendendo veículos, imóveis, participações em outras empresas, obras de arte, etc.

Assim, com critérios objetivos e subjetivos, o que se tem é ainda a suspeita de que o Sr. José Bezerra pode não ser o titular de fato dos recursos movimentados em sua conta.

(...)

Lembrando que o supracitado art. 33 da Lei nº 9.430/96, em seu inciso I, traz ainda a hipótese que também se aplica aqui: o contribuinte intimado não exibiu documentos e não forneceu informações sobre movimentação financeira.

(...)

Em 27/01/2009 foi lavrado Termo de Intimação Fiscal nº 0006 intimando o contribuinte a apresentar “cópia de frente e verso de todos os cheques da conta-corrente nº 11.431-6, agência 0640-9 do Banco do Brasil S.A., emitidos no ano-calendário 2005, com valor maior do que ou igual a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”, em resposta a que o contribuinte pediu prorrogação de prazo, concedida até 1º de março de 2009. Contudo, esgotado o novo prazo estipulado, nenhum documento foi apresentado.

O acesso às informações nesses cheques é indispensável, à vista de o contribuinte não estar colaborando com a ação fiscal, para que fique devidamente demonstrada a natureza dos fatos econômicos que motivaram a movimentação financeira em sua conta, bem como para permitir a identificação dos parceiros comerciais/negociais do titular de fato dos recursos movimentados nessa conta, para quem ele realizou pagamentos, de forma que o cheque é o instrumento hábil para esse tipo de revelação.

Face ao exposto, solicita-se a emissão de RMF solicitando as referidas cópias de cheques emitidos diretamente à instituição financeira, uma vez frustrada a tentativa de obtê-las diretamente do titular da conta. (...)”

Por seu turno, a RMF nº 03.1.02.00-2008-00015-1, de 4 de junho de 2008 (fls 220/221), teve por objeto a movimentação bancária, no Banco do Brasil, do empresário individual José Bezerra de Moura e está baseada no relatório juntado às fls 1555/1557. Aqui, a fundamentação do relatório contém inicialmente a motivação exarada nos relatórios anteriores, uma vez que as fiscalizações da pessoa física e do empresário individual estão intimamente relacionadas. Em seguida, a indispensabilidade da requisição é enquadrada nas mesmas hipóteses (art. 3º, incisos VII e XI, do Decreto nº 3.724, de 2001), as quais igualmente se encontram demonstradas, de forma clara e precisa, com se testifica da leitura do seguinte excerto do relatório:

“(...) Como já fora adiantado, o contribuinte acima identificado foi selecionado para fiscalização (...), em virtude de movimentação financeira incompatível com a receita declarada.

Isso porque a receita declarada no Simples foi de R\$ 15.484,60 em 2005, enquanto o Banco do Brasil S/A informou que descontou das contas que fazem referência ao CNPJ como N.I. do titular R\$ 15.898,22 em CPMF. Ou seja, o que o contribuinte declarou em DSPJ-Simples não daria nem para cobrir a CPMF que pagou por meio do banco. E usando o mesmo raciocínio que para a pessoa física, dividindo esse valor por 0,38%, tem-se R\$ 4.183.742,11 em movimentação financeira estimada da “pessoa jurídica”. Se a relação movimentação financeira/rendimentos declarados da pessoa física é de mais de 170 vezes, mais estranha ainda é a relação movimentação/receita declarada do empresário individual de mais de 270 vezes, o que também objetivamente aponta para suspeitas de que essa movimentação tão discrepante pode ser dessa empresa e não estar contabilizada, como pode até ser de um terceiro, o que faria do Sr. José Bezerra um indivíduo duplamente “laranja”, tanto na sua condição de titular de contas bancárias como pessoa natural, como enquanto empresário individual.

Uma vez que nem essas despesas estão contabilizadas no livro caixa entregue pelo Sr. Francisco José Pereira, contador, nem tamanha ordem de grandeza de

movimentação está expressa no livro entregue em 25/04/2008 (no item 1 do Termo de Início do Procedimento Fiscal foi deixado claro que o contribuinte deveria entregar “Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, nos termos do Art. 7º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996”), dia em que pediu prazo adicional de 20 dias para apresentar os dados bancários e não o fez mesmo após essa prorrogação, considerando estarem também presentes as condições do Decreto nº 3.724/01, com base no exposto, proponho a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira RMF com base no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, para solicitação dos documentos contendo o que está descrito em “Informações Requisitadas”, acima, e sendo que no enquadramento também acima estão marcados os itens VII e XI pelos motivos acima expostos, referentes ao empresário (CNPJ), analogamente ao que se demandou a respeito dele enquanto pessoa física. (...)”

A Recorrente repisa também a alegação de cerceamento do direito de defesa, em face da falta de acesso aos documentos que fundamentam os autos de infração e à documentação obtida nas diligências realizadas perante parceiros comerciais da autuada.

Esse argumento não encontra guarida nos autos. Em verdade, ainda no curso do procedimento fiscal, tomou conhecimento dos fatos que poderiam fundamentar a formalização do crédito tributário, como comprova a ciência dos Termos de Constatação de fls 377/421 e 769/780. No momento da autuação, teve ciência dos mesmos fatos no Relatório Fiscal de fls 66/170. Alias, nesse minucioso Relatório a autoridade fiscal coligiu todas as informações obtidas de instituições bancárias e de compradores e vendedores do impugnante.

Mais a mais, os documentos obtidos pela fiscalização e anexados ao processo sempre estiveram à disposição do interessado, seja para consultá-los ou para copiá-los, nos termos do inciso II do art. 3º da Lei nº 9.784, de 1999.

### **Da questão relacionada ao acesso dos dados bancários sem ordem judicial**

Conforme destacado pelo recorrente, dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XII, assegura que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Dentre os dados cuja a inviolabilidade está assegurada, nos dizeres dos recorrentes, encontra-se o sigilo bancário, somente sendo admitido seu acesso com ordem judicial, para fins criminais.

Da leitura da norma constitucional acima transcrita depreende-se que o legislador constituinte estabeleceu limites ao legislador ordinário, isto é, somente permitiu a edição de lei regulando o acesso ao sigilo bancário mediante duas condições:

- a) para fins de investigação criminal e;
- b) mediante ordem judicial.

Das condicionantes estabelecidas pelo legislador constituinte, vê-se clara opção de valores que entendeu merecer maior proteção, ainda que em detrimento de terceiros e do próprio Estado. Por exemplo, se a questão disser respeito a litígio fora da esfera do campo penal, ~~nem mesmo o juiz pode quebrar o sigilo assegurado pela Constituição. Em outras palavras, aqui, nem o legislador e tampouco o juiz pode extrapolar os limites impostos pela~~

ordem constitucional. **Disto depreende-se a lição de que a justiça, seja na área cível, penal ou fiscal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações imposta por valores mais altos que não podem ser violados.** Neste sentido, lembro lição de Julio Fabbrine Mirabete para quem “entre o perigo de se condenar um inocente e se absolver culpado, absolva-se o culpado.” Em outras palavras e trazendo a matéria para campo do direito tributário, entre o perigo de permitir que os agentes da fiscalização, sem o crivo da análise prévia pelo Judiciário, possam requisitar provas protegidas pelo sigilo para embasar lançamentos fiscais e deixar, eventualmente, de se cobrar determinado tributo por falta de prova, o legislador constituinte optou em proteger a primeira situação em detrimento da segunda. Aqui tem-se o Estado limitando seus próprios atos frente aos cidadãos.

Conforme lição de Jorge Miranda<sup>1</sup>, as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programáticos. “*Os direitos fundamentais têm seu fundamento de validade na Constituição e não na lei, com o que fica claro que é a lei que deve respeitar a Constituição, e não ao contrário. Os direitos fundamentais não são normas matrizes de outras normas, mas são sobretudo normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.*”

Dados os fundamentos acima mencionados, questão que se coloca e que se constitui no ponto principal do recurso é se o legislador ordinário poderia ter editado a Lei Complementar nº 105, de 2001 e a Lei nº 10.147, de 2001, outorgando poderes à Administração para requisitar a movimentação financeira dos contribuintes. E mais: se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão da Administração que é, tem competência para conhecer e julgar questões afeta à constitucionalidade das leis ou, em outras palavras, deixá-la de aplicá-las por entender inconstitucionais.

Inicialmente, observo que sancionada determinada lei ela entra no sistema jurídico e presume-se constitucional até que seja declarada sua inconstitucional, retirando-a do sistema ou impedindo sua aplicação em relação ao caso concreto, isto é “inter partes”. Por outro lado, o Judiciário pode deixar de aplicar lei que a considere inconstitucional, contudo, o mesmo não se aplica em relação à Administração. A razão desta lógica é que o Estado-Administração não pode avocar para si a prerrogativa de julgar a constitucionalidade ou não de lei. Tal prerrogativa, por força das previsões contidas nos artigos 97, 102, I, compete ao Poder Judiciário.

À luz do artigo 103, I, da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo, no caso o Presidente da República, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade sustentando que determinada lei viola da Constituição. Contudo, nem o Presidente da República e tampouco os demais órgãos da Administração podem deixar de cumprir lei sob o pretexto de que esta viola norma Constitucional. Neste sentido, por força do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

....  
§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Não desconheço que em 15 de dezembro de 2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, proferiu decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita, publicada no DJe-086 em 10-05-2011.

*Ementa:*

**SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO.** *Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.*

**SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL.** *Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.*

Ocorre que o acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, com a ementa acima transcrita, foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

Pelo que apurei em pesquisa realizada, os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda encontram-se pendentes de julgamento.

Assim, por estarmos diante de acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não transitou em julgado, com base na decisão resultante do RE 389.808/PR, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

Ainda em relação ao tema, em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 542-B, do Código de Processo Civil. Neste sentido, segue a ementa da decisão:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO.** Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. existência de repercussão geral.

Neste sentido, quer da análise do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, ou do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, não se identifica decisão definitiva do STF reconhecendo a inconstitucionalidade das normas invocadas pela recorrente.

A propósito, na mesma linha dos fundamentos anteriormente expostos, a matéria resultou Sumulada junto ao Carf, nos seguintes termos:

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Os fundamentos acima declinados também se aplicam à alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada sob a alegação de que tem caráter confiscatório.

Isso posto, não conheço das questões que sustentam a insubsistência do crédito tributário com base em alegações relacionadas à inconstitucionalidade das normas apontadas pela recorrente.

### **Da questão relacionada ao arbitramento**

A recorrente contesta o arbitramento das receitas omitidas com base em depósitos bancários.

Pois bem, quanto à possibilidade de se exigir o imposto de renda, com base exclusivamente em depósitos bancários, deve-se esclarecer que antes de 01/01/1997; o artigo 6º da Lei nº 8.021, de 1990, exigia da fiscalização a comparação entre depósitos bancários e sinais exteriores de riqueza.

A tributação com base em depósitos bancários, a partir de 01/01/1997, é regida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, publicada no DOU de 30/12/1996, que instituiu a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprovasse mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações. Confira-se:

*“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.*

*2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.*

*3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:*

*I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;*

*II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”*

Verifica-se, então, que o diploma legal acima citado passa a caracterizar omissão de rendimentos, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, quando não comprovada a origem dos recursos utilizados nessas operações. Não se inquirir o titular da conta bancária sobre o destino dos saques, cheques emitidos e outros débitos, ou se foram utilizados para consumo, aquisição de patrimônio, viagens etc. A presunção de omissão de rendimentos decorre da existência de depósito bancário sem origem comprovada.

Portanto, a partir da publicação desta Lei, os depósitos bancários deixaram de ser modalidade de arbitramento simples - que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio e sinais exteriores de riqueza), entendimento também consagrado à época pelo poder judiciário (Súmula TFR 182) e pelo Primeiro Conselho de Contribuintes - para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

Os julgamentos do Conselho de Contribuintes passaram a refletir a determinação da nova lei, admitindo, nas condições nela estabelecidas, o lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, como se constata nas ementas dos acórdãos a seguir reproduzidas:

*“OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - SITUAÇÃO POSTERIOR À LEI Nº 9.430/96 - Com o advento da Lei nº 9.430/96, caracteriza-se também omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados, observadas as exclusões previstas no § 3º, do art. 42, do citado diploma legal.” (Ac 106-13329).*

*“TRIBUTAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”*

*“ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos.”(Ac 106-13188).”*

Não há que se falar em ilegalidade dessa norma por incompatibilidade com o artigo 43 do CTN, artigo 5º da Constituição Federal/1988, muito menos com artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, isso porque “não cabe em sede administrativa discutir-se sobre a constitucionalidade ou legalidade de uma lei em vigor”, consoante Súmula nº. 2 deste Conselho. Uma vez que o diploma legal tenha sido formalmente sancionado, promulgado e publicado, encontrando-se em vigor, cabe seu fiel cumprimento, em homenagem ao princípio da legalidade objetiva que informa o lançamento e o processo administrativo fiscal. O lançamento tributário, conforme estabelece o art. 142 do CTN, é atividade vinculada e obrigatória, na qual a discricionariedade da autoridade administrativa é afastada em prol do princípio da legalidade e da subordinação hierárquica a que estão submetidos os órgãos e agentes da Administração Pública.

Outrossim, na busca da verdade material e imprescindível a análise de documentos e alegações/justificativas quanto aos ingressos de numerários em conta bancária,

para que o julgador possa firmar sua convicção no sentido de está correto o arbitramento com base na aludida presunção.

Pois bem, de acordo com o Relatório Fiscal, o autuado é empresário individual que opera comprando e revendendo feijão, milho e castanha de caju, utilizando, para fins de movimentação financeira decorrente dessa atividade, contas bancárias tanto em nome do empresário individual quanto em nome da pessoa física. José Bezerra de Moura é empresário individual estabelecido em Brejo Santo (CE), sendo conhecido como “Zé Terra Quente”. Ele foi apontado pelo jornal Diário de Nordeste, de 05.12.2007, como o maior distribuidor de feijão do Cariri.

Por meio de circularização aos “parceiros comerciais” do autuado, a Fiscalização conseguiu demonstrar que, além da conta bancária do empresário individual, a conta bancária da pessoa física era utilizada para receber e movimentar os recursos originários da mesma atividade que constitui o objeto do empresário individual. Ou seja, depósitos e cheques emitidos na compra e venda de feijão, milho e castanha de caju. Eis o trecho do Relatório de Fiscalização que aborta essa questão (verbis):

2.3 A empresa Iracema Indústria e Comércio de Castanhas de Caju Ltda apresentou resposta datada em 16/05/2008 consolidando as informações referentes à matriz e a filial. Juntou como anexos cópias de 24 notas fiscais de entrada emitidas pela matriz, no total de R\$ 599.432,00, e 47 notas fiscais de entrada emitidas pela filial, no total de R\$ 946.337,70, todas referentes a compra para industrialização de castanha de caju in natura, emitidas em nome de José Bezerra de Moura, CPF no 195.987.263-04. (...)

2.4 Em 11/06/2008 foi emitido Termo de Intimação Fiscal nº 0002 para reintimação da Companhia Brasileira de Resinas-Resibras, que enviou em resposta demonstrativos de notas fiscais e de pagamentos via TED, cópias de “Autorização de Pagamento de TED para Terceiros para o dia”, cópias dos correspondentes comprovantes de solicitação de emissão de cheque, e cópias de 60 notas fiscais de entrada, totalizando R\$ 1.293.426,50, todas referentes a compra para industrialização de castanha de caju in natura, emitidas em nome de José Bezerra de Moura, CPF nº 195.987.263-04.

(...)

3.4 De qualquer forma, dezenas de respostas confirmam que uma parte muito significativa dos recursos da conta-corrente da pessoa física foi usada para compensação de cheques emitidos para o pagamento de gêneros agrícolas comprados pelo Sr. José Bezerra de Moura para revenda em seu armazém.

3.5 Mesmo as respostas que confirmam ou sugerem o recebimento dos cheques do fiscalizado na condição de cheques de terceiros apontam na mesma direção, pois os destinatários dos cheques têm como atividade econômica a venda dos mesmos tipos de produtos que o sujeito passivo negocia em sua empresa.

Portanto, os depósitos bancários são mesmo atinentes aos negócios empresariais e foram efetuados na conta bancária da pessoa física titular da empresa individual, pelo que devem ser considerados omissão de receita da empresa, sendo que o Recorrente não conseguiu elidir a origem empresarial desde a auditoria.

No que tange a alegação de que a omissão de receitas com base em depósitos bancários não poderia dar azo às exigências das contribuições (CSLL, PIS, COFINS e INSS), esclareça-se que o lançamento foi realizado na modalidade do SIMPLES FEDERAL, isso

porque no ano de 2005 o contribuinte ainda se encontrava enquadrado naquela sistemática. Nesse contexto, o art. 18 da Lei 9.317/1996 estabelece:

*“Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.”*

De acordo com o art. 5º. da aludida Lei, *“o valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida”*. Ou seja, uma vez que a omissão de receitas também compõe a receita bruta mensal, deve ser tributada também na sistemática do SIMPLES. O fato de ter sido lavrado um auto de infração para cada tributo não traz qualquer prejuízo ao contribuinte e visa a correta repartição das receitas tributárias quando ocorrer o recebimento.

### **Conclusão**

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e no mérito, negar dar provimento parcial ao recurso.

*(assinado digitalmente)*  
Moises Giacomelli Nunes da Silva